

## LA DOCTRINA DE JEAN DOMAT SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Universidad Católica de Valparaíso

Universidad de Chile

Miembro de Número de la Academia Chilena de la Historia

Miembro Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía)

**RESUMEN:** El tema es la exposición que el jurista francés Jean Domat ofrece sobre la interpretación de la ley en su obras *Traité des lois* y *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, aparecida a fines del siglo XVII. Aparte el interés intrínseco de su doctrina, esta tiene una importancia singular en la historia de la codificación, pues los autores del código francés de 1804 se basaron en Domat para componer unas reglas sobre interpretación que aparecieron en el proyecto, pero que después fueron desechadas en el código. Sin embargo, los redactores del código de la Luisiana (1808) las recogieron del proyecto francés y se convirtieron ahí en derecho vigente, de donde las tomó, con importantes modificaciones, Andrés Bello para el código chileno de 1855, adoptado además por varios países de Iberoamérica. Se verifica que la exposición sobre hermenéutica legal de Domat sigue de cerca las doctrinas sobre la materia de los glosadores y comentaristas medievales del Digesto romano, aunque el autor no los cita jamás, porque él funda las ideas directamente en los textos romanos.

### I. LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA DOCTRINA HERMENÉUTICA DE DOMAT

La doctrina sobre la interpretación de las leyes del jurista francés Jean Domat (1625- 1696)<sup>1</sup> ofrece una importancia singular para la historia del derecho europeo y americano.

---

<sup>1</sup> Sobre Domat: MATTEUCCI, Nicola, *Domat, un magistrato giansenista* (Bologna, il Mulino, s. d. [1959]); MASPÉTIOL, R., *Jean Domat: un doctrine de la loi et du droit public*, en *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al prof. Luis Legaz y Lacambra* (Santiago de Compostela, 1960), II, pp. 707 ss.; FASSÓ, Guido, *Storia della filosofia del diritto*, II: *L'età moderna* (Bologna, Il Mulino, 1968), pp. 1261 ss.; ARNAUD, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil français* (Paris, LGDJ., 1969), pp. 69 ss., 142 ss., pássim; GORLA, Gino, *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la doctrina*, en *Studi in onore di Gioacchino Scaduto* (Padova, Cedam, 1970), V, pp. 333 ss.; TARELLO, Giovanni, *Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat*, en *Materiali per la Storia della Cultura Giuridica* 2 (1972), pp. 127 ss.; EL MISMO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Absolutismo e codificazione del diritto* (Il Mulino, Bologna, 1976), pp. 157 ss., en donde se encontrará la literatura más antigua (p. 159 n. 161); GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* (Klostermann, Frankfurt am Main, 1981), p. 114 ss.; SEVE, René, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel* (Presses Universitaires de France, Paris, 1989), pp. 134 ss.; SARZOTTI, Claudio, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica* (Torino, Giappichelli s. d. [1995]).

a) El Proyecto de Código Civil del año VIII (1800), antecedente directo del código francés de 1804, que redactó la comisión designada merced a un decreto del Primer Cónsul Bonaparte, de 2 de agosto de ese año<sup>2</sup>, integrada por Portalis, Bigot-Prémeneau, Tronchet y Maleville, ofrecía un *Livre préliminaire* de seis títulos y 41 artículos, uno de los cuales títulos, el V, rubricado *De l'application et de l'interprétation des lois*, presentaba una regulación sobre la hermenéutica legal, como ya lo anuncia su rúbrica misma<sup>3</sup>. En el código finalmente sancionado, este *Livre préliminaire* fue sustituido por un *Titre préliminaire* de seis artículos, que todos conocemos, en el cual el tema de la interpretación no aparece tratado.

El título V del original *Livre préliminaire* del Proyecto del año VIII (como todo este), empero, fue aprovechado por los juristas James Brown y Louis Moreau-Lislet, a quienes en 1806 el Consejo Legislativo y la Cámara de Representantes del Territorio de Orleans (que desde 1812 formó el estado de Luisiana) dieron el encargo de formar un código civil para ese territorio, finalmente promulgado el 31 de marzo de 1808 bajo el nombre de *Digeste des lois civiles*. En 1822 se mandó revisarlo, y el trabajo concerniente dio por fruto un nuevo cuerpo legal que entró en vigencia el 20 de junio de 1825, esta vez con el nombre más moderno de *Code Civil de l'Etat de la Louisiane*<sup>4</sup>. Las normas sobre interpretación de este segundo código, sin embargo, fueron las mismas que contenía el *Digeste* de 1808, que, por ende, no sufrieron modificaciones.

b) Ahora bien, para componer el párrafo 4º: *Interpretación de las leyes*, del *Título preliminar* del *Proyecto de Código Civil* para Chile editado en 1853 (artículos 17 a 23), su autor utilizó las normas homólogas del *Code Civil* de la Luisiana de 1825, como las notas puestas por Andrés Bello al articulado del "Proyecto de 1853" lo hacen ver con su constante referencia a "C. L." = "Código de la Luisiana", y lo corrobora el cotejo textual de las normas involucradas, sin perjuicio de las inteligentes modificaciones que el codificador introdujo a su modelo y de haber, además, recurrido lateralmente a otras fuentes. Por lo demás, el articulado del "Proyecto de 1853" sobre esta materia permaneció inalterado a través de sus sucesivas revisiones hasta quedar fijado en el código promulgado en 1855.

<sup>2</sup> Un esquema de la formación del código francés en GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), pp. 123-126, con literatura en nota 231.

<sup>3</sup> Ya he tratado sobre el punto desarrollado ahora en GUZMÁN, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 43-44.

<sup>4</sup> Sobre la codificación en la Luisiana: GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica* cit. (n. 2), pp. 132-139, con literatura.

De esta forma, hay en esta materia una línea histórica continua desde el Proyecto francés del año VIII hasta el código chileno de 1855, que atraviesa la codificación luisiana en su versión de 1825, congruente, en el punto, con la de 1808.

c) Acerca de la formación del título V del *Livre préliminaire* del Proyecto francés del año VIII, sobre aplicación e interpretación de las leyes, disponemos de un muy calificado testimonio de Maleville, uno de los cuatro miembros de la comisión que formuló ese proyecto. En su comentario al código de 1804, Maleville dejó constancia que el *Livre préliminaire* fue redactado por Portalis, quien usó para ello un "*Livre des lois*" de Domat<sup>5</sup>. Esta referencia es, por cierto, a Jean Domat (1625-1696) y a su célebre tratado publicado entre 1689 y 1694 bajo el nombre de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, que está precedido a modo de introducción por un *Traité des lois*.

De acuerdo con esto, la cadena antes establecida para el tema de la interpretación entre el código chileno de 1855 y el Proyecto francés del año VIII, por intermediación del código luisiano de 1825, propiamente se extiende hasta las mencionadas obras de Domat. Con ello, la importancia de estas últimas para el tema en Chile, y en los países americanos que recibieron al código chileno como suyo totalmente<sup>6</sup> o al menos su articulado sobre interpretación<sup>7</sup>, resalta sin necesidad de mayores consideraciones. Lo propio acaece en Luisiana.

Sin embargo, es menester hacer una prevención. El estudio de las normas sobre interpretación del título V del *Livre préliminaire* del proyecto del año VIII muestra que en su formación también incidió la doctrina de Robert-Joseph Pothier, aparte la de Domat, en una medida muy importante e incluso textualmente. En tales circunstancias, la noticia de Maleville fue al menos incompleta. Ahora bien, esto solo tiene el efecto de sustraer a Domat la exclusividad que aquel le confería, pero no el de eliminarlo de la línea histórica de influencias que antes se ha explicado, por lo cual todavía resulta importante conocer sus doctrinas concernientes al tema. Por lo demás, está el interés intrínseco que ellas ofrecen para la historia de la materia<sup>8</sup>, independientemente de las influencias que hayan ejercido.

<sup>5</sup> MALEVILLE, Jacques, *Analyse raisonné de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat* (Paris, 1807), I, p. 4.

<sup>6</sup> Ecuador (1858/ 1860), El Salvador (1859), Colombia (1858/ 1887) y Honduras (1880 y 1906).

<sup>7</sup> El Código Civil del Uruguay de 1868, recogió casi todas las normas sobre interpretación del código chileno en sus artículos 17 a 20. Los artículos 19, 20 y 21 del Código Civil de Panamá de 1916, reproducen los artículos 19, 20 y 21 del chileno.

<sup>8</sup> Pese a lo cual no hay estudios especiales dedicados al pensamiento hermenéutico de Domat. Una primera aproximación en GUZMÁN, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 59-63, de las cuales páginas el presente trabajo es una completa reelaboración y ampliación. Generalidades en SARZOTTI, C., *Jean Domat* cit. (n. 1), pp. 271-273.

Queda así justificada la decisión de destinar el presente trabajo al examen de la doctrina domaciana sobre la interpretación de las leyes, que dedico con emocionado recuerdo a los tres ya desaparecidos maestros en cuyo homenaje fue concebida esta colectánea, no solo por merecerlo su memoria, sino porque tuve el honor de contarme entre los amigos de don Alamiro de Ávila y don Hugo Hanisch, especialmente, y de don Benjamín Cid, y por todo cuanto debo al primero.

## II. EL ORDEN DE LAS LEYES

Jean Domat<sup>9</sup> trató de la interpretación en dos lugares: por un lado, aunque en modo somero, en el cap. XII del *Traité des lois*, rubricado *Réflexions sur quelques remarques du chapitre précédent pour le fondement de diverses règles, de l'usage* [= aplicación<sup>10</sup>] *et de l'interprétation des lois*<sup>11</sup>; por otro, de manera más amplia, en la sec. 2ª: *De l'usage* [= aplicación] *et de l'interprétation des règles*, del tít. I: *Des règles du droit en général* del *Livre préliminaire ou il est traité des règles de droit en général, des personnes et des choses* de la obra titulada *Les lois civiles dans leur ordre naturel*<sup>12</sup>.

Domat no cita más que fuentes romanas, esto es, extraídas del *Corpus iuris civilis*; pero la doctrina y su terminología que ofrece no se deducen directa e inmediatamente de sus fuentes, y supone una reelaboración y construcción intermedias, que tampoco fueron obra suya. De hecho, como observaremos en cada caso, Domat leyó las fuentes romanas a la luz de la doctrina hermenéutica medieval de glosadores y comentaristas, y les aplicó incluso la nomenclatura que estos habían elaborado, con ciertas innovaciones, empero, algunas de las cuales quedaron destinadas a perdurar. En el resto, esta lectura viene insertada en un sistema general más o menos original, e incardinada en unos principios también algo novedosos, que constituyen los soportes más específicos de toda la obra de Domat.

El diseño de este autor quedó resumido en el sentido del título dado a su obra principal: poner “en orden las leyes civiles”. La expresión “ley civil” denotaba, ya desde la época de los glosadores medievales, a cada fragmento jurisprudencial recogido en el Digesto, y a cada constitución imperial incluida en el Código de Justiniano, igual que a los distintos segmentos en que puede dividirse a las Instituciones del mismo emperador. Como quiera que estos cuerpos jurídicos habían recibido sanción legislativa por parte de Justiniano, y puesto que los medievales recono-

<sup>9</sup> Usaremos aquí la siguiente edición: *Oeuvres complètes de J. Domat, nouvelle édition [...] par J. Remy* (Paris, Alex-Gobelet, 1835), en cuyo volumen I aparece el *Traité des Lois* y una parte de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

<sup>10</sup> DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. prel. tít. 1º, sec. 2ª (p. 83 del volumen I la edición citada en la nota anterior), define el término *usage des règles* así: “la manière de les appliquer aux questions qui sont a juger” (“la manera de aplicarlas [reglas] a las cuestiones que deben juzgarse”).

<sup>11</sup> Se ve entre las pp. 59 y 66 del volumen I de la edición citada en la nota 9.

<sup>12</sup> En pp. 83-94 del volumen I de la edición citada en la nota 9.

cían y respetaban tal sanción, cada una de sus unidades recibió el nombre de precisamente "ley" (civil, en oposición a los cánones), igual que si nosotros llamáramos así a cada artículo de un código moderno.

Estas "leyes" aparecían dispuestas en el interior de cada una de las compilaciones justinianas de acuerdo con un cierto orden (*ordo legalis*), que los medievales acataron escrupulosamente en sus exposiciones. A partir del siglo XVI, sin embargo, por influencia del humanismo jurídico, el *ordo legalis* comenzó a ser criticado por carecer de sistema (*methodus*). Por ello los juristas humanistas dedicaron buena parte de su labor a buscar la mejor *methodus*<sup>13</sup> del material contenido en el *Corpus iuris civilis*, con independencia del *ordo legalis*. En consonancia con Cicerón, denomina-

<sup>13</sup> Lit.: PIANO-MORTARI, V., *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI* (1955), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI* (Napoli, Jovene, 1978), pp. 267 ss.; EL MISMO, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI* (1957), ahora en EL MISMO, *Diritto, logica* cit. ibi, pp. 117 ss.; EL MISMO, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1967), pássim; EL MISMO, *L'ordo iuris nel pensiero dei giuristi francesi del secolo XVI* (1989), ahora en *Iura iuris. Studi di storia giuridica dell'età moderna* (Napoli, Jovene, 1991), pp. 367 ss. = en VV. AA., *La sistematica giuridica. Storia, teorie e problemi attuali* (Roma, Ist. della Enciclop. Ital., 1991), pp. 277 ss.; ORESTANO, Riccardo, *Diritto e storia nel pensiero giuridico del secolo XVI*, en *Atti del Primo Congresso Internaz. della Soc. Ital. di Stor. del Dir.: La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (Firenze, Olschky, 1966), pp. 385 ss.; EL MISMO, *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino, 1987), pp. 133 ss.; LOSANO, Mario, *Sistema e struttura nel diritto, I: Dalle origine alla scuola storica* (Torino, Giappichelli, s. d.), pp. 27 ss.; MAZZACANE, A., *Unanesimo e sistematiche giuridiche in Germania alla fine del cinquecento: 'equità' e 'giurisprudenza' nelle opere di Hermann Vultejus*, en *Annali di Storia del Diritto* 12-13 (1968-1969), pp. 257 ss.; EL MISMO, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI* (Milano, Giuffrè, 1971); TROJE, Hans Erich, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhundert*, en *Philosophie und Rechtswissenschaft* (Frankfurt a. M., Klostermann, 1969) pp. 63 ss.; EL MISMO, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter der Einfluss des Humanismus*, en COING, H. (ed.), *Handbuch. II: Neuere Zeit (1500-1800). Das Zeitalter des gemeinen Rechts*, Vol. I: *Wissenschaft*, pp. 741 ss.; GUIZZI, V., *Il diritto comune in Francia nel XVI secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 37 (1969), pp. 1 ss.; VASOLI, C., *La dialettica umanistica e la metodologia giuridica del secolo XVI*, en VV. AA., *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze, Olschki, 1977), Vol. I, pp. 237 ss.; SALMONOWICZ, Stanislav, *Die neuzeitliche europäische Kodifikation (16.-17. Jahrhundert). Die Lehre und ihre Verwirklichung*, en *Acta Poloniae Historicae* 37 (1978), pp. 29 ss.; CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa, I: Le fonti e il pensiero giuridico* (Giuffrè, Milano 1979), p. 187 ss. (con lit. en p. 643); FELL, A. London, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State, I: Corasius and the Renaissance Systematization of Roman Law; II: Classical, Medieval and Renaissance Foundation of Corasius Systematic's Methodology* (Königstein, Athenäum, 1983); SCHRÖDER, Jan, *Wissenschaftliche Ordnung. Vorstellungen in Privatrecht der frühen Neuzeit*, en *Ius Commune* 24 (1997), pp. 25 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *El derecho como arte en la antigüedad romana y en la época de los humanistas*, en *El derecho, un arte de lo justo. Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Santiago de Chile, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, s. d. [1999]), pp. 77-92. Para los ideales científicos del humanismo en general: VASOLI, C., *La dialettica e la retorica dell'Umanesimo* (Milano, 1968).

ron “reconducir el derecho a un arte” (*ius in artem redigere*<sup>14</sup>) a la concerniente operación sistemática. En esta expresión, el vocablo *ars* fue hecho equivalente con el de *methodus*, y con el un tanto más tardío de *systema*.

Para los humanistas, el *ars* todavía obedecía a las categorías también clásicas de la dialéctica y la tópica, como la división en géneros y especies, la partición en partes y la definición. Pero en el siglo XVII, la incidencia del racionalismo y del moderno derecho natural apoyado en aquel, dio un nuevo cariz a la antigua noción de *ars*, porque ya no se trató de disponer las distintas materias según un esquema “artificial”, o sea, derivado de las reglas del arte dialéctica, sino de acuerdo con un esquema preexistente que la razón humana encuentra inscrito en la sociedad, y del cual puede conocer sus principios y consecuencias. El orden, por tanto, dejó de ser “artificial”, aunque a veces se le siguiera denominando “arte”, y pasó a ser “natural”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Como es sabido, Cicerón (*De oratore* I, 42; cfr. *Brutus* 41-152) se quejaba de la ausencia de sistema, que él denomina *ars*, en la jurisprudencia de su tiempo, por lo cual reclamaba la empresa de imponer uno en el *ius*. Sobre esta materia: LA PIRA, Giorgio, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana*, II: *L'arte sistematrice*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 42 (1934), pp. 336 ss.; VILLEY, Michel, *Recherches sur la litterature didactique de droit romain* (Paris, Montchrestien, 1945); METTE, H. J., *Ius civile in artem radactum* (Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1954), p. 50 ss.; BRETONE, Mario, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, Ed. Scientifiche Ital., 1971), pp. 183 ss.; SCHIAVONE, Aldo, *Nascità della giurisprudenza* (Roma, Laterza, 1976); D'IPPOLITO, Federico, *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della Repubblica* (Napoli, Ed. Scientifiche ital., 1971), pp. 95 ss.; BONA, Ferdinando, *L'ideale retorico ciceroniano e il ius civile in artem redigere*, en *Storia et Documenta Historiae et Iuris* 46 (1980), pp. 282 ss.; SCARANO USSANI, Vincenzo, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudici di Cicerone e di Pomponio*, en MANTOVANI, Dario (ed.), *Per la storia del pensiero giuridico romano dall'età dei pontifici alla scuola di Servio. Atti del seminario* (Torino, Giappichelli, 1996), pp. 229 ss.; EL MISMO, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana* (Torino, Giappichelli, s. d. [1997]), pp. 5 ss.; CUENA BOY, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria, 1998), pp. 70 ss.; GUZMÁN, Alejandro, *El derecho como arte en la antigüedad romana y en la época de los humanistas*, en *El derecho, un arte de lo justo. Conferencias Santo Tomás de Aquino* (Santiago de Chile, Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás, s. d. [1999]), pp. 77-92; GUZMÁN, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (Santiago, Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000), pp. 305 ss.

<sup>15</sup> Así se barrunta ya en GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, proleg. 30: “*Artis formam ei imponere multi antehac destinarunt, perficit nemo; neque vero fieri potest, nisi, quod non satis curatum est hactenus, ea quae ex constituto veniunt a naturalibus recte separentur; nam naturalia, cum semper eadem sint, facile possunt in artem colligi; illa autem quae ex constituto veniunt, cum et mutantur saepe et alibi alia sunt, extra artem posita sunt, ut aliae rerum singularium perceptiones*” (“Muchos antes intentaron imponerle [sc. a la jurisprudencia] la forma de un arte; ninguno lo consiguió, ni puede conseguirse, a no ser que se separen correctamente las cosas que derivan de la convención y las naturales, de lo cual hasta ahora no se ha tenido suficiente cuidado; pues las naturales, como siempre son las mismas, se pueden fácilmente coligar en un arte; aquellas que, en cambio, vienen de la convención, como no solo se mudan frecuentemente, sino también se alteran de lugar en lugar, quedan fuera del arte, tal cual ocurre con otros conocimientos de cosas singulares”). Grocio habla de sus predecesores, los humanistas. Aunque sigue haciendo referencia al “arte”, la dialéctica está ausente como programa, aunque Grocio, que después de todo era también un humanista, no

En este ambiente de ideas quedó inscrita la obra de Domat, es decir, en el de resistematizar el derecho romano expresado en las “leyes” (civiles) según un modelo natural perceptible por la razón: “Todas las materias del derecho civil tienen entre ellas un orden simple y natural, que les forma un cuerpo, en el cual es fácil verlas a todas y captar de un solo golpe de vista en qué parte cada cual tiene su lugar; y este orden tiene sus fundamentos en el plan de la sociedad que [sc. antes] se ha explicado”, manifiesta Domat en el comienzo del cap. 14 y último del *Traité des lois*<sup>16</sup>, después de haber expuesto en los precedentes el “plan de la sociedad” y los principios que lo rigen. En cuanto al método, Domat adoptó claramente la epistemología de Descartes, matizada con elementos heredados de su amigo el célebre científico y filósofo Blaise Pascal<sup>17</sup>.

Pero ¿qué tienen que ver entre sí el “plan de la sociedad” y las “leyes civiles” del derecho romano? La respuesta a esta pregunta la proporciona Domat con una distinción de suma importancia.

### III. LEYES NATURALES Y LEYES ARBITRARIAS

1. Todas las normas jurídicas de diversa proveniencia, Domat las clasifica en dos tipos supremos: leyes inmutables y leyes arbitrarias. Las primeras “se llaman así por que ellas son naturales, y de tal modo justas, siempre y en todo lugar, que ninguna autoridad puede cambiarlas ni abolirlas”<sup>18</sup>, como la ley que dispone el deber de conservar la cosa que se ha recibido de otro en préstamo, y de responder por los deterioros causados en ella<sup>19</sup>. Por el contrario, las leyes arbitrarias son “aquellas que una autoridad legítima puede establecer y abolir según las necesidades”<sup>20</sup>, como la que dispone que los testigos del testamento sean cinco, seis o siete, o que el tiempo de la prescripción adquisitiva sea de veinte, treinta o cuarenta años<sup>21</sup>.

---

haya podido desligarse completamente de la tradición de escuela y haya terminado por inspirarse en el sistema gayano-justiniano de las *personae, res, actiones* para edificar su *ius belli ac pacis*, que era el que los humanistas terminaban casi indefectiblemente por confirmar y cuya base dialéctica es indiscutible (vid. GUZMÁN, Alejandro, *La codificación civil* cit., n. 2, pp. 97 y s.).

<sup>16</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 14 (p. 69): “*Toutes les matières du droit civil ont entre elles un ordre simple et naturel, qui en forme un corps où il est facile de les voir toutes, et de concevoir d’une seule vue en quelle partie chacune a sa place; et cet ordre a ses fondemens dans le plan de la société qu’on a expliqué*”.

<sup>17</sup> MATTEUCCI, N., *Domat*. cit. (n. 1), pp. 49 ss.; SARZOTTI, C., *Jean Domat* cit. (n. 1), pp. 50 y ss., 68 y ss.

<sup>18</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 11, párr. 1 (p. 36): “*Les lois immuables s’appellent ainsi, parce qu’elles sont naturelles et tellement justes toujours et partout, qu’aucune autorité ne peut ni les changer, ni les abolir*”.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, párr. 2 (p. 37).

<sup>20</sup> *Ibíd.*, párr. 1 (p. 36): “*les lois arbitraires sont celles qu’une autorité légitime peut établir, changer et abolir, second le besoin*”.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, párr. 3 (p. 37).

Cada una de estas leyes tiene un modo de ser distinto en su justicia y en su autoridad, pues las inmutables “son esencialmente justas” y su justicia “es siempre la misma en todos los tiempos y en todos los lugares”; en tanto la justicia de las leyes arbitrarias consiste “en la utilidad particular que se encuentra al establecerlas, según que los tiempos y los lugares puedan aconsejar”<sup>22</sup>. La autoridad de cada uno de estos tipos de ley, por otra parte, es proporcional a su justicia; y así las leyes inmutables “siendo la justicia misma, tienen ellas una autoridad natural sobre nuestra razón”, mientras que la autoridad de las leyes arbitrarias consiste “solamente en la fuerza que les da el poder de aquellos que tienen el derecho de hacer leyes”<sup>23</sup>.

Con todo, para Domat no existe una independencia absoluta de las leyes arbitrarias con respecto a las inmutables, porque aquellas tienen una doble causa conectada con estas.

La primera radica en la necesidad “de reglar ciertas dificultades que nacen de la aplicación de las leyes inmutables, cuando estas dificultades son tales que no podrían ser previstas más que por leyes, y cuando las leyes inmutables [que hay] no las regulan”<sup>24</sup>, como en el conflicto que se produce entre aquella ley inmutable que ordena dejar una parte de la herencia a los hijos, y aquella otra que permite a todos disponer de sus bienes por testamento; ya que de atender solo a la primera, el padre no podría disponer de parte alguna de sus bienes; y de estar solo a la segunda, podría disponer de todos ellos sin limitación; este conflicto lo zanjó la ley arbitraria que instituyó la porción legítima de los hijos y otros parientes, conciliando así ambas leyes inmutables. Merced a esta causa, de hecho ocurre que en las leyes arbitrarias que rigen hay “una parte de aquello que ordenan, que es un derecho natural, y hay otra parte que es arbitraria”<sup>25</sup>. De esta forma, en la ley que regula la legítima de los hijos, hay en realidad dos normas: una inmutable, que ordena que los hijos lleven una porción en la sucesión de su padre; y otra propiamente arbitraria, que dispone que esa porción sea de un tercio, o de una mitad, o más o menos.

La segunda causa de las leyes arbitrarias estriba en “la invención de ciertos usos que se ha creído útiles en la sociedad”<sup>26</sup>, como los feudos, los censos, las rentas, los

<sup>22</sup> *Ibíd.*, párr. 20 (p. 42): “[...] *les lois naturelles [...] sont essentiellement justes, et [...] leur justice est toujours la même dans tous les temps et dans tous les lieux (...). La justice de ces lois [sc. des lois arbitraires] consiste dans l'utilité particulière qui se trouve à les établir, selon que les temps et les lieux peuvent y obliger*”.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, párr. 20 (p. 43): “*Les lois naturelles étant la justice même, elles ont une autorité naturelle sur notre raison [...]. D'un autre côté, l'autorité des lois arbitraires consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire des lois [...]*”.

<sup>24</sup> *Ibíd.*, párr. 6 (p. 37): “[...] *la nécessité de régler de certaines difficultés qui naissent dans l'application des lois immuables, lorsque ces difficultés sont telles, qu'il ne peut y être pourvu que par des lois, et que les lois immuables ne les règlent point*”. El ejemplo que sigue, en el párr. 7.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, párr. 11 (p. 39): “*Car il y a dans ces lois une partie de ce qu'elles ordonnent, qui est un droit naturel, et il y en a une autre qui est arbitraire*”. Sigue el ejemplo.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, párr. 12 (p. 39 s.): “[...] *l'invention de certains usages qu'on a crus utiles dans la société*”. Sigue el ejemplo.



retractos, las sustituciones, materias estas todas inventadas meramente y reguladas, en consecuencia, por leyes arbitrarias, no obstante lo cual, una vez inventadas, en parte quedan regidas por leyes inmutables también. Pero, igual que en la causa anterior, también en esta ocurre que tales materias de pura utilidad social “aun cuando parezca que no deben ser reguladas más que por leyes arbitrarias, tienen, sin embargo, varias leyes inmutables”<sup>27</sup>. Así, aunque se trate de feudos, una materia de suyo arbitraria y regulada por leyes del mismo género, rige ahí, no obstante, la ley inmutable de deber guardarse las condiciones establecidas en el título de su concesión.

De esta manera, según Domat, las leyes en vigor vienen a resultar ser una suerte de mezcla entre leyes inmutables y arbitrarias, porque todas las materias necesitan de ambas en definitiva.

2. Esta distinción de leyes la encontramos por primera vez en el libro introductorio tantas veces citado: *Traité des lois*; pero la volvemos a hallar en las primeras páginas de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*; solo que a la terminología del primero, Domat agrega ahora una nomenclatura más tradicional; pues, en efecto, dice entonces que las leyes inmutables “son de derecho natural y de equidad” (“*du droit naturel et d'équité*”), y que las arbitrarias “son de derecho positivo” (“*de droit positif*”)<sup>28</sup>. El término que Domat suele adoptar ordinariamente para designar sintéticamente a las leyes inmutables es el de “equidad” (“*équité*”).

La distinción domaciana entre leyes inmutables y arbitrarias no era desde luego original, pues en definitiva remonta a la filosofía jurídica griega. Aristóteles, por ejemplo, había distinguido entre aquello que es justo por naturaleza (*dikaion physikon*) y justo por convención (“legal”: *dikaion nomikon*), de modo que lo primero tiene efecto en todos los lugares y no depende de nuestras opiniones, en tanto lo segundo nada importa que sea de un modo u otro, y solo una vez establecido sí importa y debe ser obedecido<sup>29</sup>. También los juristas romanos aceptaron esta distinción expresada como *ius naturale* (*ius gentium*) y *ius civile*<sup>30</sup>. En la Edad Media,

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 13 (p. 40): “qu'encore qu'il semble qu'elles ne doivent être réglées que par des lois arbitraires, elles ont néanmoins plusieurs lois immuables”. Sigue el ejemplo.

<sup>28</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, lib. prel., tít. 1º, sec. 1ª, párr. 2 (p. 77) y pássim.

<sup>29</sup> ARIST., *ethic. Nich.* V, 7 - 1134b.

<sup>30</sup> La literatura sobre el tema es extensa. Me limito a citar: LEVY, Ernst, *Natural Law in Roman Thought* (1949), en *Gesammelte Schriften* (Köln, 1963), I, pp. 33 ss.; GAUDEMET, Jean, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome* (1952), en EL MISMO, *Étude de droit romain* (Napoli, Jovene, 1979), I, pp. 413 ss.; BURDESE, Alberto, *Il concetto di ius naturale nel pensiero della giurisprudenza classica*, en *Rivista Italiana per la Scienza Giuridica* 90 (1954), pp. 407 ss.; NOCERA, G., *Ius naturale nella esperienza giuridica romana* (Milano, 1962); WALDSTEIN, Wolfgang, *Naturrechtdenken bei den klassischen römischen Juristen*, en *Das Naturrecht heute und morgen. Gedächtnisschrift für Rene Marcic* (Berlín, 1983), pp. 239 ss. Visión rápida de conjunto: WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte* (München, 1988), I, p. 510.

Tomás de Aquino la recogió traducida como *ius naturale* y *ius positivum*<sup>31</sup>. Lo propio habían hecho los juristas medievales, quienes al respecto encontraron abundantes materiales en el *Corpus iuris civilis*<sup>32</sup>. De hecho, el *ius naturae* constituye una ininterrumpida tradición occidental<sup>33</sup>

3. Ahora bien, en Domat, la distinción de unas *lois immuables* y otras *arbitraires* tiene una gran importancia para el giro que ha de tomar su obra. Consiste ella en la identificación que establece de las *lois immuables* (*justice, droit naturel, équité*) con las del derecho romano (contenido en los libros justinianos), y de las *lois arbitraires* con los derechos canónico, real y consuetudinario<sup>34</sup>. En ello se conformaba con la idea, por lo demás comúnmente aceptada en su época y en las anteriores, de que el derecho romano era una manifestación de la equidad y el derecho natural<sup>35</sup>, aun cuando sus leyes concretas estuvieran entremezcladas con derecho contingente y con sutilezas en desuso, por modo de hacerse necesario un especial esfuerzo intelectual consistente en descubrir a través del conjunto el derecho inmutable, y en distinguirlo de aquel variable.

Domat se había elaborado, para su uso particular, una selección de textos del Digesto y del Código justinianos, ordenados de acuerdo con la secuencia de libros y títulos del primero, pero extraídos de sus sedes originales los textos que no estaban inicialmente situados en el título correspondiente, y agrupados por órdenes de materias, resumidos algunos y seccionados otros, como si ya entonces hubiera querido Domat absorber la esencia misma del *Corpus*, y disponerla en una primera ordenación

<sup>31</sup> THOMA AQUINAT., *Sth.* II<sup>a</sup>, II<sup>ae</sup> qu. 57 art. 2. Lit. monográfica: LOTTIN, O., *Le droit naturel chez St. Thomas et ses prédécesseurs* (Bruges, 1931); GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomística a la filosofía del derecho* (1949, trad. cast., Buenos Aires, Eudeba, s. d. [1973], pp. 61 ss., 81 ss.; BAGNULO, Roberto, *Il concetto di diritto naturale in San Tommaso d'Aquino* (Milano, 1983); DE BERTOLIS, Ottavio, *Il diritto in San Tommaso d'Aquino* (Torino, s. d. [2000]), ambos con abundante bibliografía general y especial.

<sup>32</sup> WEIGAND, Rudolf, *Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus* (München, 1967); HERVADA, Javier, *Notas sobre la noción de derecho natural en los juristas y teólogos desde San Anselmo de Laón hasta San Alberto Magno*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980), pp. 349 ss.

<sup>33</sup> Exposiciones de conjunto: HERVADA, Xavier, *Historia de la ciencia del derecho natural* (2<sup>a</sup> ed., Pamplona, Eunsa, 1991); CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del derecho natural* (Madrid, Colex, 2000).

<sup>34</sup> Sobre esta identificación: GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* (Frankfurt am Main, Klostermann, 1981), pp. 114 ss., con los textos. Un resumen de este libro en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 4 (Valparaíso, 1979), pp. 135-155.

<sup>35</sup> Para esto: GUZMÁN, Alejandro, *Ratio scripta* (n. 34), p. 115 ss. (Domat), 141 ss. (Donellus), 147 ss. (Leibniz). Se agrega: GUZMÁN, Alejandro, *Derecho romano y equidad en F. Le Duaren*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 48 (Madrid, 1978), pp. 615-619.

que por ser todavía la legal, cumplía a su entender una función meramente práctica y provisional. Este trabajo fue publicado póstumamente en 1700 con el nombre de *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis ad usum scholae et fori*<sup>36</sup> (“Selección de leyes de los libros del Digesto y del Código para uso de las escuelas y del foro”). Evidentemente fue con base en este trabajo instrumental que Domat emprendió su racional puesta en orden de las mismas leyes que previamente había escogido y quitaesenciado como las más naturales existentes en los libros justinianos<sup>37</sup>.

Así, pues, se explica en Domat la relación entre el “plan natural de la sociedad” (al cual dedicó el *Traité des lois*) y las “leyes civiles” (expuestas en el sucesivo libro titulado precisamente *Les lois civiles* etc.). Se explica, porque las *lois civiles* son, en realidad, las *lois immuables* que rigen en la sociedad, pero que se encuentran desordenadas en los libros justinianos. Supuesto aquel plan, del cual deriva un *ordre naturel*, ahora se trata de poner tales *lois civiles* = *lois immuables* justamente en ese orden natural.

Aparte la importancia general de la distinción de *lois immuables* y *arbitraires* precedentemente expuesta, ella cumple funciones específicas en los distintos temas singulares. Así en tema de interpretación, pues la de las leyes arbitrarias tiene algunas reglas diferentes a la de las inmutables, como pasamos a ver de inmediato.

#### IV. LA TERMINOLOGÍA HERMENÉUTICA DE DOMAT

Dentro de la terminología domaciana, la palabra “espíritu” (*esprit*) ocupa un lugar muy importante, aunque nunca aparezcan propiamente definidas sus acepciones<sup>38</sup>. Es evidente que ella vino a sustituir en Domat a lo que tradicionalmente se denominó “razón” (*ratio*)<sup>39</sup>. También los juristas medievales<sup>40</sup>, sin embargo, habían

<sup>36</sup> Se ve en DOMAT, J., *Oeuvres* (n. 9), IV.

<sup>37</sup> Según SARZOTTI, Claudio, *Jean Domat* cit. (n. 1), p. 99 ss., esta obra fue elaborada por Domat cuando estudiaba el derecho en la Universidad de Bourges, el gran centro francés y europeo de la jurisprudencia humanista, bajo la dirección de Edmond Mérille, sucesor del célebre Jacques Cuyas (Cuiacius), con quien se doctoró en 1646. Pero los indicios son muy débiles. Mejor es creer que Domat, o bien elaboró el *Legum delectus* inmediatamente después que concibió la obra que habría de ser *Les lois civiles*, como instrumento para ella, lo que tuvo lugar en algunos años anteriores a 1681; o bien inmediatamente que se instaló en París, pensionado por Luis XIV para escribirla, lo que ocurrió precisamente en 1681.

<sup>38</sup> Se ha ocupado especialmente de esta expresión TARELLO, Giovanni, *Sistemazione e ideologia* cit. (n. 1) 1; EL MISMO, *Storia della cultura giuridica* cit. (n. 1), pp. 163 ss.

<sup>39</sup> TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica* cit. (n. 1), pp. 163.

<sup>40</sup> Para la doctrina de la interpretación de los juristas medievales: ENGELMANN, Woldemar, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre* (Leipzig, Koehlers, 1938), pp. 128 y ss.; LEFEBVRE, Charles, *Les pouvoirs du juge en droit canonique* (Paris, Sirey, 1938); NICOLINI, Ugo, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale* (Padova, Cedam, 1955); PIANO-MORTARI, Vincenzo, *Ricerche sulla teoria della interpretazione del diritto nel secolo XVI, I: Le premesse* (Milano, Giuffrè, 1956, reimp. 1986); EL MISMO, *Il problema dell'interpretazione nei comentatori*, ahora en EL

utilizado el vocablo *spiritus* porque, como es sabido, este forma parte de un célebre texto de San Paulo, en donde aparecen opuestos la letra de la Ley Antigua dada a Moisés y el espíritu de la Nueva Alianza, bajo la afirmación de que “la letra mata, pero el espíritu da vida” (*littera occidit, spiritus autem vivificat*)<sup>41</sup>. Este pasaje los medievales solían citarlo en apoyo de su doctrina sobre la preeminencia del *sensus* y la *ratio legis*, asimilados metafóricamente al *spiritus*, por sobre la *littera legis*, de modo que el texto paulino en el fondo venía a querer decir, según esta asimilación, que mientras atenerse al tenor literal de la ley es como matarla, su razón y sentido son los que la vivifican. Había, pues, precedentes en la identificación entre *ratio (sensus)* y *spiritus*. Pero en Domat esta identificación ocasional se convierte en sustitución permanente, ya que el término ordinario por él adoptado para designar al antiguo concepto de *ratio legis* fue precisamente este de *esprit de la loi*<sup>42</sup>.

Los medievales habían distinguido la *ratio* de las leyes apoyadas en la *aequitas*, de la *ratio* de las *leges mere positivae*, fundadas en la *voluntas legislatoris*, y de ahí el aforismo —en realidad inspirado en un verso de Juvenal— de cumplir la voluntad la función de la razón (*stat pro ratione voluntas*)<sup>43</sup>, en cuanto también la voluntad del legislador sirve para justificar suficientemente una ley. En consecuencia, en el lenguaje de los medievales, la palabra *ratio* tenía, entre otros, estos dos sentidos: uno restringido, como equidad; y otro amplio, como fundamento (aunque en el primer sentido también se trata de la equidad cual fundamento de las leyes). Ahora bien, en cuanto *ratio* significaba “equidad”, entonces se oponía a “voluntad”, mientras que cuando tenía el sentido general de fundamento, comprendía a la equidad, lo mismo que a la voluntad.

Domat conservó la distinción sustancial entre “razón” = “equidad” y “voluntad”; solo que no empleó este último término, sino el de “intención del legislador” (*intention du législateur*). Por lo tanto, la palabra que en él reemplazó a la antigua

MISMO, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievale* (Nápoli, Jovene, 1976), pp. 155 y ss.; CORTESI, Ennio, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune clásico* (Milano, Giuffrè, 1962-1962), 2 vols., pássim; SBRICCOLI, Mario, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milano, Giuffrè, 1969); Guzmán, Alejandro, CRESCENZI, Victor, *Linguaggio científico e terminología giuridica nei glossatori bolognesi: interpretari, interpretatio*, en *Actes du colloque: Vocabulaire des écoles et des méthodes d'enseignement au Moyen Âge* (Turnhout, Brepols, 1992), pp. 111 y ss.; EL MISMO, *Problemi dell' interpretatio nel sistema del diritto comune clásico*, en IGLESIA FERREIRÓS, A. (ed.), *El dret comú i Catalunya* (Barcelona, 1992), pp. 1167 y ss.; GUZMÁN, Alejandro, *La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile*, en VV. AA., *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992), pp. 47-59; CAPRIOLI, Severino, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche* (Torino, Utet., 1993), Sez. civile, X, pp. 13 y ss.;

<sup>41</sup> PAUL., II Cor. 3, 6.

<sup>42</sup> Este sentido más técnico de *esprit* no agota, empero, el término. Domat lo usa profusamente y en muchos otros sentidos, que a veces se escapan. Falta un estudio dedicado al punto.

<sup>43</sup> LUVENAL., *Satyr.* VI, 223: “*Hoc volo, sic iubeo: sit pro ratione voluntas*” (“Esto quiero, así lo mando: esté la voluntad por la razón”).

*ratio*, es decir, *esprit*, tiene el doble significado, restringido y amplio, que tenía aquella entre los antiguos juristas: a veces, en efecto, *esprit* significa sin más la *équité*; pero a veces implica tanto a esta como a la *intention du législateur*. Dicho de modo distinto, en algunos casos designa al fundamento de solo las leyes inmutables, y en otros señala al fundamento de ellas, pero también al de las leyes arbitrarias.

En el resto, la terminología domaciana permaneció fiel a la tradición. Para aquello que los medievales denominaban *littera*, pues, nuestro autor emplea el vocablo *lettre*; y para lo designado como *sensus*, *mens*, *intellectus* o *sententia legis*, usa la expresión *sens de la loi*.

De todos modos, la exposición domaciana aparece extraordinariamente deprimida y simplificada; tampoco está exenta de imprecisiones y confusiones de lenguaje, y se ve resentida de un cierto esquematismo, producto del espíritu de sistema que dominaba al autor. Nuestro jurista, por lo demás, no fue un escritor ni siquiera correcto, y en ocasiones resulta hasta descuidado: es posible que habiendo empezado a escribir su obra en la edad madura y aun en la que frente a las expectativas de vida en ese tiempo era vejez, haya trabajado algo apresuradamente y bajo la presión del tiempo.

## V. EL ESPÍRITU DE LA LEY

1. Para los medievales<sup>44</sup>, la *ratio legis* (que se sustituye por la *voluntas legis* en las *leges mere positivae*) era el elemento que permite determinar el verdadero sentido de la ley, no bien hubieran incurrido en frecuentes confusiones de los conceptos de *ratio legis* y *sensus legis*, que en realidad vinieron a ser clara y distintamente discernidos solo por el filósofo, teólogo y jurista Francisco Suárez (1548-1617).

En síntesis, se trata de esto: mientras la razón (dejaremos a un lado por ahora a la intención) de una ley queda individualizada en el fundamento que objetivamente justifica su emisión, y que con frecuencia puede identificarse con el fin, el sentido de la ley concierne a las hipótesis de hecho a las cuales corresponde aplicar su prescripción. Ahora bien, la hipótesis debe ser funcional a la razón, y lo deseable es que la ley describa todas las hipótesis que, en efecto, sean funcionales a la razón que la inspiró. Pero puede ocurrir que describa hipótesis no funcionales, o que no describa hipótesis sí funcionales. En ambos casos, se genera una discordancia entre la hipótesis literal, efectivamente descrita en la ley, y las auténticas hipótesis funcionales a la razón. Estas últimas constituyen su (verdadero) sentido, y es entonces cuando la distinción entre razón y sentido aparece con toda claridad, pues si la hipótesis literal y la hipótesis funcional coinciden completamente, de modo que nada falta ni nada sobra a la ley, el sentido de esta y su razón tienden a confundirse.

<sup>44</sup> Como ya para los romanos: véase GUZMÁN, Alejandro, *Historia de la interpretación* cit. (n. 14), pp. 163 ss.

En Domat la distinción está asimismo presente, aunque a veces, como en tantas otras ocasiones, se le confunda el lenguaje.

Consideremos este pasaje suyo: “[...] es por el espíritu y la intención de las leyes que resulta necesario entenderlas y darles aplicación [...] para juzgar bien del sentido de una ley, se debe considerar cuál es su motivo, cuáles son los inconvenientes que ella prevé, la utilidad que puede nacer de ella, su relación con las antiguas leyes, los cambios que ella introduce, y hacer todas las otras reflexiones por las cuales se puede entender su sentido”<sup>45</sup>. Se observará que empieza a hablarse del “espíritu y la intención de las leyes”, que acto seguido se pasa a hablar del “sentido de una ley”, que para determinar el cual se exige considerar su “motivo”, y que, en fin, se concluye de nuevo con la necesidad de entender el “sentido”. Pero hay perfecta coherencia con la doctrina romana y tradicional en iniciar el discurso con el “espíritu y la intención” y pasar enseguida al “sentido”, porque, precisamente, el fin de la operación interpretativa es la determinación del sentido de la ley, para llegar al cual necesario es remontarse a su razón o a su voluntad, según el caso, que Domat denomina “espíritu” e “intención”, como antes se vio.

La exposición se perturba, sin embargo, cuando aquel introduce al “motivo” aparentemente como algo diferente al “espíritu” y a la “intención”. Los juristas medievales distinguían la *ratio* de la ley de su *ocassio*. Esta última noción más se acerca al significado natural de “motivo”, como circunstancia contingente que dio origen a la ley, y que dichos juristas excluían como elemento válido para la interpretación. No parece creíble que Domat se apartara de esta tradición, de modo de agregar, bajo el término “motivo”, este elemento circunstancial de interpretación. Para él, como lo dice al comenzar el texto, solo se trata del *esprit* y de la *intention*. De lo cual se deduce que entonces *motif* = *esprit e intention*. Y que es así, lo demuestran los siguientes textos paralelos:

“[...] cuando las expresiones de las leyes son defectuosas, es necesario suplirlas para colmar el sentido según su espíritu”<sup>46</sup>. “Si en alguna ley se encuentra una omisión de una cosa [...] que tienda a dar a la ley su

íntegro efecto según su motivo, se puede en este caso suplir aquello que falta a la expresión, y extender la disposición de la ley a aquello que, estando comprendido en su intención, falta en los términos”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (p. 61): “[...] *c'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les entendre et en faire l'application [...] pour bien juger du sens d'une loi, on doit considérer quel est son motif, quels sont les inconvéniens où elle pourvoi, l'utilité qui en peut naître, son rapport aux anciennes lois, les changemens qu'elle y apporte, et faire les autres reflexions, par où l'on peut entendre son sens*”.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párr. 9 (p. 61): “[...] *lorsque les expressions des lois sont defectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit*”.

<sup>47</sup> DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, lib. prel., tit. 1º, sec. 2ª, párr. 11 (p. 89): “*Si dans quelque loi se trouve une omission d'une chose [...] qui tende à donner à la loi son entier effet selon son motif, on peut en ce cas suppléer ce qui manque à l'expression, et étendre la disposition de la loi à ce qui étant compris dans son intention, manquait dans les termes*”.

Entendemos que el texto de la izquierda dice, muy correctamente, que el “sentido” de la ley se colma según su “espíritu” = “razón”. Por su lado, la primera parte del texto de la derecha involucra decir que el hecho de poderse afirmar que una cosa omitida en la ley tiende a darle su íntegro efecto se debe a que su “motivo” es conocido. La segunda parte explica que se puede colmar la omisión extendiendo la ley a lo comprendido en su “intención”. Pero entonces, ¿en qué queda ahora el “motivo” conocido que antes sirvió para denunciar la omisión? Es evidente que aquí “motivo” = “intención”, y el texto dice que cuando un caso va omitido en la (letra de) la ley, el recurso a su “intención” = “motivo” permite la extensión de la ley a ese caso, en el entendido que ello es porque el “motivo” = “intención” cubre ese caso. Así que ambos textos expresan lo mismo: el de la izquierda para las leyes que tienen “espíritu” y el de la derecha para las leyes que tienen “intención”.

Si esto es correcto, en el texto primeramente analizado, “motivo” es el término que Domat emplea para designar, conjuntamente esta vez, al “espíritu” y a la “intención”; y entonces él viene a decir esto: i) las leyes se entienden y aplican por el “espíritu” y la “intención” (según el tipo de ley); ii) con uno u otra se determina el “sentido”; iii) para juzgar el cual se debe considerar cuál es el “motivo” [= espíritu e intención]; iv) sin perjuicio de las otras reflexiones por las cuales se puede entender el “sentido”. Concluimos, así, que el vocablo *motif* no alude a la *ocassio legis* ni significa exclusivamente la *ratio legis*. Es un término común del que se sirve Domat para designar colectivamente al *esprit* y a la *intention*. Lo seguiremos comprobando.

2. Los medievales habían distinguido la *ratio scripta* o *expressa* de la *non scripta* o *non expressa*. La distinción atañía, en último término, de un asunto de prueba. Puesto que el tema de la razón de las leyes se presta a la especulación, para evitarla, los glosadores exigieron que solo se pudiera invocar una razón de la que hubiera constancia fehaciente en la ley misma o en otro lugar, como su preámbulo, o que de algún modo resultara evidente. Puesto que esta constancia de la razón es máxima cuando aparece escrita o expresada en la ley misma, los medievales hablaban de *ratio scripta* o *ratio expressa*, y de lo contrario, cuando no aparece. Lo propio valía para la *voluntas legislatoris* (substituta de la *ratio*)

El principio general de deberse recurrir a la *ratio scripta*, Domat lo sienta así: “Para entender bien el sentido de una ley, necesario es sopesar [...] el preámbulo, cuando lo hay, a fin de juzgar sus disposiciones por sus motivos [...]”<sup>48</sup>. De paso digamos que “motivo” aquí significa el *esprit* o la *intention*, o ambos. El preámbulo, en efecto, es el lugar más frecuente en que figuran el *esprit* o la *intention*. Pero se observará que Domat no dice: “para entender bien el espíritu de la ley”, sino “para

<sup>48</sup> Ibid., párr. 10 (p. 89): “Pour bien entendre le sens d'une loi, il faut en peser [...] le préambule, lorsqu'il y a, afin de juger de ses disposition par ses motifs [...]”.

entender bien el sentido de la ley”. Lo que puede perdonársele, pues el sentido no hay forma de determinarlo sino por el espíritu, de donde la confusión, que, como adelantamos, es también frecuente en los medievales.

Es a la luz de esta exigencia que debemos entender, pues, los otros pasajes en que sin exigir de manera expresa la constancia fehaciente del espíritu o de la intención, Domat habla del *motif* (= *esprit-intention*). Así en el pasaje en que manifiesta que las oscuridades, ambigüedades y otros defectos en la expresión, que tornan en dudoso el sentido de una ley: “[...] deben resolverse por el sentido más natural, que se conecte más con la materia, que sea el más conforme con la intención del legislador y que más favorezca la equidad; lo cual se descubre por los diversos exámenes de [...] de su motivo [...]”<sup>49</sup>. Lo mismo en otros pasajes, algunos ya discutidos. En estos dos del *Traité des lois*: “[...] es por el espíritu y la intención de las leyes que resulta necesario entenderlas y darles aplicación [...] para juzgar bien del sentido de una ley, se debe considerar cuál es su motivo [...]”<sup>50</sup>, en donde, como vimos, “motivo” significa el *esprit* y la *intention*; y: “[...] cuando las expresiones de las leyes son defectuosas, es necesario suplirlas para colmar el sentido según su espíritu”<sup>51</sup>, en donde solo se refiere al *esprit*. Añadamos este pasaje de *Les lois civiles*: “Si en alguna ley se encuentra una omisión de una cosa [...] que tienda a dar a la ley su íntegro efecto según su motivo, se puede en este caso suplir aquello que falta a la expresión, y extender la disposición de la ley a aquello que, estando comprendido en su intención, falta en los términos”<sup>52</sup>, y “motivo” ahora significa *intention*.

A la *ratio non scripta*, para declararla no invocable, Domat se refiere en este otro texto: “Si la disposición de una ley es bien conocida, aunque el motivo [= “razón” y, por lo tanto, “espíritu”] sea desconocido, y no obstante parece nacer algún inconveniente que no se pueda evitar con una interpretación razonable, es necesario presumir que la ley de todos modos tiene su utilidad y su equidad por alguna mira de bien público, que debe hacer preferir su sentido y su autoridad a los razonamiento que podrían serle contrarios. Pues de otro modo muchas leyes muy útiles y bien establecidas serían subvertidas por otros puntos de vista sobre la equidad, o por la sutileza de

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 9 (p. 89): “*Les obscurités, les ambiguïtés et les autres défauts d’expression [...] doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l’intention du législateur, et que l’équité favorise le plus; ce qui se découvre par les diverses vues [...] de son motif [...]*”.

<sup>50</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (p. 61): “[...] *c’est par l’esprit et l’intention des lois qu’il faut les entendre et en faire l’application [...] pour bien juger du sens d’une loi, on doit considérer quel est son motif [...]*”.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 9 (p. 61): “*(...) lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit*”.

<sup>52</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1º, sec. 2ª, párr. 11 (p. 89): “*Si dans quelque loi se trouve une omission d’une chose [...] qui tende à donner à la loi son entier effet selon son motif, on peut en ce cas suppléer ce qui manque à l’expression, et étendre la disposition de la loi à ce qui étant compris dans son intention, manquait dans les termes*”.



los razonamientos<sup>53</sup>. En efecto, que la razón de la ley no sea cognoscible por no estar expresada, eso no significa que carezca de razón o que esta sea inequitativa. Pero como no se conoce, rige una suerte de presunción de razonabilidad y equidad, que impide desatender la ley, so pretexto de los inconvenientes que trae su aplicación.

## VI. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR COMO SUSTITUTO DEL ESPÍRITU DE LA LEY

En Domat es fundamental la distinción (no bien se le pierda a veces) entre *esprit de la loi* en sentido restringido, esto es, entendida solo como la *équité* de una ley inmutable, por un lado; y la *intention du législateur*, por otro, propia de las leyes arbitrarias, aunque a veces venga incluida en el *esprit* que hemos denominado en sentido amplio<sup>54</sup>. Pero el asunto debemos plantearlo así: todas las leyes, sean inmutables, sean arbitrarias, encuentran su fundamento último en la *équité*, directamente, por así decirlo, las primeras, indirectamente, las segundas, de acuerdo con el modo de relacionarse que tienen con las leyes inmutables pues, según se recordará, en toda ley vigente suele haber una parte inmutable y otra arbitraria<sup>55</sup>. Tal equidad es su *esprit*, que sirve, en consecuencia, para interpretarlas: “[...] es solamente la ligazón de todas [sc. las reglas] en conjunto la que hace su justicia y limita su uso [= aplicación], o más bien es la equidad, que, siendo el espíritu universal de la justicia, hace todas las reglas, y da a cada una su uso [= aplicación] propio. De donde resulta necesario concluir que son el conocimiento de esta equidad y la visión general de este espíritu de las leyes los que constituyen el primer fundamento del uso [= aplicación] y de la interpretación particular de todas las reglas”<sup>56</sup>. Los medievales lo habían expresado en una frase más concisa: “*aequitas est fundamentum interpretandi leges*”, que, de todo modos, se puede reconocer en la última parte del precedente texto de Domat<sup>57</sup>. En consecuencia, agrega Domat: “Este principio de la interpretación de las leyes por la equidad no mira

<sup>53</sup> *Ibid.*, párr. 13 (p. 90): “*Si la disposition d'une loi étant bien connue, quoique le motif en soit inconnu, il paraît en naître quelque inconvénient qu'on ne puisse éviter par une interprétation raisonnable, il faut présumer que la loi à d'ailleurs son utilité et son équité par quelques vue du bien public, qui doit faire préférer son sens et son autorité aux raisonnemens qui pourraient y être contraires. Car autrement plusieurs lois très-utiles et bien établies seraient renversées, ou par d'autres vues de l'équité, ou par la subtilité du raisonnement*”.

<sup>54</sup> *Supra* IV.

<sup>55</sup> *Supra* III, 1.

<sup>56</sup> *Ibid.*, princ. (p. 85): “*Et c'est seulement la liason de toutes ensemble qui fait leur justice et borne leur usage, ou plutôt c'est l'équité qui, étant l'esprit universel de la justice, fait toutes les règles, et donne à chacune son usage propre. D'où il faut conclure que c'est la connaissance de cette équité et la vue générale de cet esprit des lois, qui est le premier fondement de l'usage et de l'interprétation particulière de toutes les règles*”.

<sup>57</sup> Lo que el autor hace en otros pasajes, por ejemplo, *ibid.*, princ. (p. 86): “*Ce n'est donc pas assez pour le bon usage de ce premier fondement de l'interprétation des lois, qui est l'équité [...]*”.

solamente a las leyes naturales, mas se extiende también a las leyes arbitrarias, porque todas ellas tienen su fundamento en las leyes naturales”<sup>58</sup>.

Sin embargo –afirma–, la interpretación de las leyes arbitrarias tiene un principio singular y agregado de interpretación: “[...] es necesario añadir a este principio de la equidad, por lo que respecta a la interpretación de las leyes arbitrarias, otro principio que les es propio: la intención del legislador, que les fija, en relación con lo que ellas regulan, el uso [= aplicación] y la interpretación de esta equidad”<sup>59</sup>. En tal clase de leyes: “[...] los temperamentos de la equidad quedan restringidos a aquello que se puede concordar con la intención del legislador, y no se extiende a todo aquello que habría podido aparecer [como] equitativo, antes que la ley arbitraria haya sido establecida”<sup>60</sup>. Es por ello –ilustra Domat– que, pese a ser de equidad que la existencia de una obligación pueda ser demostrada por todos los medios de prueba y por cualesquiera de ellos, hay que estar, sin embargo, a la ordenanza real de Moulins de 1667 (una ley arbitraria, por lo tanto), que dispuso no recibir pruebas respecto de las convenciones no escritas con monto superior a 100 libras. Y resume nuestro autor: “Todas las reglas, sean naturales o arbitrarias, tienen tal uso [= aplicación] cual les da a cada una la justicia universal que es el espíritu. Así su aplicación debe hacerse a través del discernimiento de aquello que exige este espíritu, que en las leyes naturales es la equidad, y en las leyes arbitrarias, la intención del legislador”<sup>61</sup>. En el *Traité des lois* había dicho lo mismo: “[...] es por el espíritu y la intención de las leyes que resulta necesario entenderlas y darles aplicación [...]”<sup>62</sup>. La consecuencia es que la extensión que debe darse a cada ley viene dada por la equidad o por la intención, según el tipo de ley.

Esta última interpretación de las leyes arbitrarias por la intención del legislador ofrece una limitación interesante. Si bien la ley arbitraria de que se trate se

<sup>58</sup> *Ibid.*, princ. (p. 85): “*Ce principe de l’interprétation des lois par l’équité, ne regarde pas seulement les lois naturelles; mais il s’étend aussi aux lois arbitraires, parce qu’elles ont toutes leurs fondemens dans les lois naturelles*”.

<sup>59</sup> *Ibid.*, princ. (p. 85): “*Mais il faut ajouter à ce principe de l’équité, pour ce qui regarde l’interprétation des lois arbitraires, un autre principe qui leur est propre: c’est l’intention du législateur qui les fixe en ce qu’elles régulent l’usage et l’interprétation de cette équité*”.

<sup>60</sup> *Ibid.*, princ. (p. 85): “*Car, dans ce sortes de lois, les tempéramens de l’équité sont restreints à ce qui peut s’accorder avec l’intention du législateur, et ne s’étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable, avant que la loi arbitraire eût été établie*”. Sigue el ejemplo.

<sup>61</sup> *Ibid.*, parr. 1 (p. 86): “*Toutes les règles, soit naturelles ou arbitraires, ont leur usage tel que donne à chacune la justice universelle qui en est l’esprit. Ainsi l’application doit s’en faire par le discernement de ce que demande cet esprit, qui dans les lois naturelles est l’équité, et dans les lois arbitraires l’intention du législateur*”.

<sup>62</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (p. 61): “[...] *c’est par l’esprit et l’intention des lois qu’il faut les entendre et en faire l’application [...] pour bien juger du sens d’une loi, on doit considérer quel est son motif, quels sont les inconvéniens où elle pourvoit, l’utilité qui en peut naître, son rapport aux anciennes lois, les changemens qu’elle y apporte, et faire les autres reflexions, par où l’on peut entendre son sens*”.

extiende a todo cuanto alcanza tal intención, no se extiende a todo cuanto alcanza la equidad. Es lo que Domat dice en el texto citado más arriba: “[...]en estas clases de leyes, los temperamentos de la equidad quedan restringidos a aquello que se puede concordar con la intención del legislador, y no se extiende a todo aquello que habría podido aparecer [como] equitativo, antes que la ley arbitraria haya sido establecida”<sup>63</sup>. No es que la intención del legislador sea antiequitativa (si lo es, se crea un problema de especie diversa). De hecho se presume equitativa; pero ella establece una suerte de equidad especial, que determina el dominio o extensión de esa ley, y que suele ser más restringido que el dominio de la equidad general que gobierna a las leyes inmutables.

## VII. EL SENTIDO DE LA LEY

1. Según Domat, la interpretación es necesaria en dos clases de casos. La primera se da cuando hay obscuridad, ambigüedad o defecto de expresión (laguna) en la ley. Entonces la interpretación, cuyo objeto está constituido por la “expresión” (letra) de la ley, es necesaria para descubrir su “verdadero sentido” (*vrai sens*). El segundo se produce cuando el sentido de una ley es evidente según sus términos, pero aplicados estos conducirían a falsas consecuencias y a decisiones injustas. Se trata, por ende, de un sentido aparente” (*sens apparent*) de la ley, y la interpretación es ahora necesaria para descubrir no lo que dice, sino lo que quiere y para juzgar por su intención cuál es la extensión y los límites de su sentido<sup>64</sup>.

Domat, pues, distingue las dos formas supremas de la interpretación, vale decir, aquella que tiene por objeto al sentido de la expresión o de las palabras legales (*“cette espèce d’interprétation se borne à l’expression, pour faire entendre ce que dit la loi”*), y aquella otra que tiene por objeto directo al sentido de la ley (*“non ce que dit la loi, mais ce qu’elle veut, et à juger par son intention quelle est l’étendue et quelles sont les bornes que doit avoir son sens”*). Estos dos extremos de la distinción, los medievales

<sup>63</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1º, sec. 2ª, princ. (p. 85): “Car, dans ce sortes de lois, les tempéramens de l’équité sont restreints à ce qui peut s’accorder avec l’intention du législateur, et ne s’étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable, avant que la loi arbitraire eût été établie”. Sigue el ejemplo.

<sup>64</sup> *Ibid.*, princ. (pp. 83-84): “Il arrive, en deux sortes de cas, qu’il est nécessaire d’interpréter les lois. L’un est, lorsqu’il se rencontre dans une loi quelque obscurité, quelque ambigüité ou quelque autre défaut d’expression; car alors il faut l’interpréter pour découvrir quel est son vrai sens. Et cette espèce d’interprétation se borne à l’expression, pour faire entendre ce que dit la loi. Et l’autre est lorsqu’il arrive que le sens d’une loi, tout évident qu’il paraît dans les termes, conduirait à de fausses conséquences, et à des décisions qui seraient injustes, si elles étaient indistinctement appliquées à tout ce qui semble compris dans l’expression. Car alors l’évidence de l’injustice qui suivrait de ce sens apparent, oblige à découvrir par une espèce d’interprétation, non ce que dit la loi, mais ce qu’elle veut, et à juger par son intention quelle est l’étendue et quelles sont les bornes que doit avoir son sens”.

las denominaban de maneras distintas. La interpretación cuyo objeto son las palabras legales aparece, en efecto, como *interpretatio circa verba, significatio verborum, interpretatio declarativa, comprehensio*. Mientras que aquella cuyo objeto es la mente o sentido legales se denomina correlativamente a las anteriores *interpretatio circa mentem, interpretatio sin más, interpretatio extensiva-restrictiva, extensio*.

Ahora bien, detrás de esta dualidad late la unidad de las operaciones hermenéuticas. Para Domat, igual que para los juristas medievales, y antes para los romanos<sup>65</sup>, la búsqueda del sentido de la ley es el objetivo central de tales operaciones: “[...] cuando se encuentra en una ley alguna oscuridad, alguna ambigüedad o algún otro defecto de expresión [...] entonces es necesario interpretarla para descubrir cuál es su verdadero sentido”<sup>66</sup>. En este pasaje, ya antes transcrito<sup>67</sup>, Domat habla de la interpretación cuyo objeto son las palabras (*expression - ce qui dit la loi*). Pero claramente manifiesta él que el fin de tal interpretación es descubrir el verdadero sentido de la ley. Está implícita aquí, pues, la fundamental distinción de “sentido de las palabras de la ley” (*sens de la lettre*, como dice en un texto que citaremos en seguida), por un lado, y “sentido de la ley”, por otro, como diferentes elementos que constituyen eso que unitariamente se denomina “ley” (y que se integra, además, con la “razón”). Lo cual no menos queda claro en la segunda forma de interpretación, aquella cuyo objeto es “*non ce que dit la loi, mais ce qu’elle veut*” y se dirige a permitir “*juger par son intention quelle est l’étendue et quelles sont les bornes que doit avoir son sens*”, no bien que la terminología empleada (“*veut*”, *intention*) traicione a lo que el autor quiso decir, a saber, que ahora se trata de averiguar directamente el verdadero sentido de la ley, por sobre el de sus palabras.

En esta dualidad, la preeminencia la tiene el sentido, no la letra: “También se sigue de esta observación sobre el espíritu de la ley y su motivo, que si acaece que algunos términos o ciertas expresiones de una ley parecen tener un sentido diferente de aquel que sin más está evidentemente marcado por el tenor literal de la ley entera, es necesario detenerse en este verdadero sentido y repudiar el otro que aparece en los términos, y que se muestra contrario a la intención”<sup>68</sup>. Más en general dice en *Les lois civiles*: “no siempre es necesario tomar la ley en el sentido de la letra (*sens de la lettre*)”<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Véase GUZMÁN, Alejandro, *Historia de la interpretación* cit. (n. 14), pp. 163 ss.

<sup>66</sup> *Ibid.*, princ. (p. 83): “(...) lorsqu’il se rencontre dans une loi quelque obscurité, quelque ambiguïté ou quelque autre défaut d’expression [...] alors il faut l’interpréter pour découvrir quel est son vrai sens”.

<sup>67</sup> Véase n. 64.

<sup>68</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 8 (p. 61): “Il s’ensuit aussi de cette remarque de l’esprit de la loi et de son motif, que s’il arrive que quelques termes ou quelques expressions d’une loi paraissent avoir un sens différent de celui qui est d’ailleurs évidemment marqué para la teneur de la loi entière, il faut s’arrêter à ce vrai sens et rejeter l’autre qui paraît dans les termes, et qui se trouve contraire à l’intention”.

<sup>69</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1, sec. 2ª, princ. (p. 84): “il ne faut pas toujours prendre la loi au sens de la lettre”.

2. Las oscuridades, ambigüedades y otros defectos en la expresión, que tornan en dudoso el sentido de una ley, y todas las otras dificultades para bien entender y aplicar la ley: “[...] deben resolverse por el sentido más natural, que se conecte más con la materia, que sea el más conforme con la intención del legislador y que más favorezca la equidad; lo cual se descubre por los diversos exámenes de la naturaleza de la ley, de su motivo, de su relación con otras leyes, de las excepciones que pueden restringirla, y de otras reflexiones semejantes que permitan descubrir el espíritu y el sentido”<sup>70</sup>.

Domat insiste en que: “para entender bien el sentido de una ley (*sens de la loi*), necesario es sopesar todos los términos y el preámbulo, cuando lo hay, a fin de juzgar sus disposiciones por sus motivos y por todas las consecuencias de lo que ella ordena, y no limitar su sentido a aquello que podría aparecer [como] diferente de su intención, o [aparecer] en una parte de la ley tronchada, o [aparecer] por el defecto de una expresión. Por el contrario, es menester preferir a este sentido extraño de una expresión defectuosa, aquel que parece desde luego evidente por el espíritu de la ley entera. Así, es vulnerar las reglas y el espíritu de las leyes el servirse, bien para juzgar, bien para dictaminar, tan solo de la parte aislada de una ley y desviarla a otro sentido que aquel que le da la ligazón con el todo”<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 9 (p. 89): “*Les obscurités, les ambiguïtés et les autres défauts d’expression, qui peuvent rendre douteux le sens d’une loi, et toutes les autres difficultés de bien entendre et de bien appliquer les lois, doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est le plus conforme à l’intention du législateur, et que l’équité favorise le plus; ce qui se découvre par les diverses vues de la nature de la loi, de son motif, de son rapport aux autres lois, des exceptions qui peuvent la restreindre, et des autres semblables réflexions qui peuvent en découvrir l’esprit et le sens*”. Cfr. *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (p. 61): “[...] pour bien juger du sens d’une loi, on doit considérer quel est son motif, quels sont les inconvénients où elle pourvoit, l’utilité qui en peut naître, son rapport aux anciennes lois, les changemens qu’elle y apporte, et faire les autres réflexions, par où l’on peut entendre son sens” (“[...] para juzgar bien del sentido de una ley, se debe considerar cuál es su motivo, cuáles son los inconvenientes que ella prevé, la utilidad que puede nacer de ella, su relación con las antiguas leyes, los cambios que ella trae, y hacer todas las otras reflexiones por las cuales se puede entender su sentido”).

<sup>71</sup> *Ibid.*, párr. 10 (p. 89): “*Pour bien entendre le sens d’une loi, il faut en peser tous les termes et le préambule, lorsqu’il y en a, afin de juger de ses dispositions par ses motifs et par toute la suite de ce qu’elle ordonne, et ne pas borner son sens à ce qui pourrait paraître différent de son intention, ou dans une partie de la loi tronquée, ou dans le défaut d’une expression. Mais il faut préférer à ce sens étranger d’une expression défectueuse, celui qui paraît d’ailleurs évident par l’esprit de la loi entière. Ainsi, c’est blesser les règles et l’esprit des lois, que de se servir, ou pour juger, ou pour conseiller, d’une partie détachée d’une loi, et détournée à un autre sens que celui qui lui donne sa liaison au tout*”. Cfr. *Traité des lois*, cap. 12, párr. 7 (p. 61): “[...] d’où il s’ensuit en premier lieu que, pour reconnaître par toutes ces vues l’intention et l’esprit des lois, il faut y examiner ce qu’elles exposent, ce qu’elles ordonnent, et juger toujours du sens de la loi et de son esprit, par toute la suite et par la teneur entière de toutes ses parties, sans en rien tronquer” ([...] de donde se sigue, en primer lugar, que para reconocer la intención y el espíritu de las leyes merced a todas estas vías, es necesario examinar aquello que las leyes esponen, lo que ordenan, y juzgar siempre acerca del sentido de la ley y de su espíritu, por la completa conexión y el tenor entero de todas sus partes, sin troncharla en nada”).

En estos párrafos de Domat encontramos viejos conceptos: el “verdadero sentido” (*vrai sens*), equivalente al *verus sensus* de los medievales. El “sentido natural” (*sens naturel*), que traduce al *sensus proprius*. El *rapport au sujet* (“relación al tema”), que alude a la *materia subiecta*, bajo lo cual se entiende la necesidad de interpretar un texto en relación con el tema de que trata, sin extrapolarlo a otro. El *rapport aux autres lois*, es decir, la *interpretatio per aliam legem* de los medievales, en cuanto una cierta ley puede ser interpretada a la luz de otras<sup>72</sup>. Y, desde luego, la *interpretatio per antecedentia et consequentia*, esto es, por su contexto, que viene referida con la advertencia de no limitar el sentido al de una parte “trinchada” de la ley interpretada, sino a todas sus partes, y con la transcripción parcial de la célebre ley *Incivile est* del Digesto<sup>73</sup>, a través las palabras: “es vulnerar las reglas y el espíritu de las leyes el servirse, bien para juzgar, bien para dictaminar, tan solo de la parte aislada de una ley y desviarla a otro sentido que aquel que le da la ligazón con el todo”.

3. Domat afirma categóricamente que “si los términos de una ley expresan netamente el sentido y la intención, es necesario atenerse a ellos”<sup>74</sup>, reproduciendo, así, el caso de congruencia entre *littera legis* y *sensus legis* de los medievales. Como la ley se interpreta según su sentido, habiendo coincidencia entre este y el sentido de la letra, externamente aquello significa que hay que estar a la letra (*interpretatio declarativa*).

La idea de interpretación extensiva Domat la recoge así: “Todas las leyes se extienden a todo aquello que es esencial a su intención”<sup>75</sup> (debiendo haber dicho “a su sentido”). Y enseguida expone dos de los argumentos más comunes de extensión. El primero: “En las leyes que permiten, se extrae la consecuencia de lo más a lo menos. Así, aquellos que tienen el derecho de donar sus bienes, tienen con mayor razón el derecho de venderlos [...]”<sup>76</sup>. El segundo: “En las leyes que prohíben, se saca la

<sup>72</sup> De lo cual vuelve a hablar, *ibíd.*, párr. 18 (p. 91), al referirse a que si las leyes, en donde se encuentra alguna duda y otra dificultad “tienen alguna relación con otras leyes que puedan aclarar el sentido, es necesario preferir a toda otra interpretación aquella de la cual las otras leyes dan cobertura” (“*si les lois où il se trouve quelque doute ou quelque autre difficulté ont quelque rapport à des autres lois qui puissent en éclaircir le sens, il faut préférer à toute autre interprétation, celle dont les autres lois donnent l'ouverture*”).

<sup>73</sup> Dig. 1, 3, 24 (Paul., 4 *Plaut.*): “*Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*” (Es incivil juzgar o dictaminar no habiendo visto completamente toda la ley, teniendo en vez presente alguna parte pequeña suya”).

<sup>74</sup> *Ibíd.*, párr. 12 (p. 89): “*Si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir*”.

<sup>75</sup> *Ibíd.*, párr. 21 (p. 92): “*Toutes les lois s'étendent à tout ce qui est essentiel à leur intention*”. Repite la idea en el *Traité des lois*, cap. 12, párr. 10-11.

<sup>76</sup> *Ibíd.*, párr. 22 (p. 92): “*Dans les lois qui permettent, on tire la conséquence du plus au moins*”. Sigue el ejemplo.

consecuencia de lo menos a lo más”<sup>77</sup>. Así, los pródigos, a quienes se ha impedido la administración de sus bienes, con mayor razón no pueden alienarlos. Pero todo en el entendido de que tales argumentos quedan limitados a las cosas del mismo género que aquellas acerca de las cuales dispone la ley, o a que pueda aplicarse el mismo “motivo” (o “espíritu”, dice más adelante al repetir igual idea). Así, la ley que permite a los cónyuges obligar sus bienes en las convenciones matrimoniales, aunque sean menores, se aplicaría mal por extensión a los menores en otras convenciones<sup>78</sup>.

Con lo cual Domat confunde un tanto las nociones de interpretación extensiva en su significación restringida o propiamente extensión (vale decir, de extensión de la ley a un caso cogido por la más amplia significación que tolera su letra, si el sentido de la ley lo permite), con la extensión en su significación amplia o analogía (es decir, como aplicación de la ley al caso no tolerado por ninguna significación de su letra, pero sí comprendido en su razón o espíritu). De la cual analogía trata someramente así en otro lugar: “Si en alguna ley se encuentra una omisión de una cosa que sea esencial a la ley, o que sea una consecuencia necesaria de su disposición, y que tienda a dar a la ley su íntegro efecto según su motivo, se puede en este caso suplir aquello que falta a la expresión, y extender la disposición de la ley a aquello que, estando comprendido en su intención, falta en los términos”<sup>79</sup>. En este modo de expresarse, Domat, empero, vuelve a confundir las nociones. Si bien habla del “motivo” (= “razón”, por lo cual debió haber dicho “espíritu”), como instrumento de la extensión (analogía), parte de la hipótesis de que el caso esté comprendido en la “intención” (“sentido” debió decir), que, como acabamos de ver, no es hipótesis de analogía sino de extensión de la letra. En el *Traité des lois*, empero, su manera de expresarse es algo más correcta, aunque no del todo, pues dice entonces: “[...] cuando las expresiones de las leyes son defectuosas, es necesario suplirlas para colmar el sentido según su espíritu”<sup>80</sup>. Aquí, en efecto, están presentes los tres elementos de la analogía: la letra (*expression*), el sentido (*sens*) y la razón (*esprit*), y desde luego la ausencia de decisión por parte de los dos primeros, o sea, el defecto (*lois défectueuses*), pero todo muy mal hilvanado.

4. Puede ocurrir que el sentido de las palabras de la ley no ofrezca dudas al aplicarlo a un caso. Aun así, empero, los resultados de la aplicación pueden

<sup>77</sup> *Ibid.*, párr. 23 (p. 92): “*Dans les lois qui défendent, on tire la conséquence du moins au plus*”. Sigue el ejemplo.

<sup>78</sup> *Ibid.*, párr. 24 (p. 92).

<sup>79</sup> *Ibid.*, párr. 11 (p. 89): “*Si dans quelque loi se trouve une omission d’une chose qui soit essentielle à la loi, ou qui soit une suite nécessaire de sa disposition, et qui tende à donner à la loi son entier effet selon son motif, on peut en ce cas suppléer ce qui manque à l’expression, et étendre la disposition de la loi à ce qui étant compris dans son intention, manquait dans les termes*”.

<sup>80</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 9 (p. 61): “*(...) lorsque les expressions des lois sont défectueuses, il faut y suppléer pour en remplir le sens selon leur esprit*”.

ser incorrectos. Es el turno de la *interpretatio circa mentem* de algunos medievales, que otros denominaban de distinta manera, como vimos<sup>81</sup>. Domat la describe como aquella dirigida a descubrir “no aquello que dice la ley, sino aquello que quiere” (*non ce que dit la loi, mais ce qu'elle veut*)<sup>82</sup>, forma de decir que, por incluir un verbo de volición (*veut*), resulta algo impropia o al menos incompleta. Tal verbo, en efecto, más se vincula con la *intention du législaterur*, o sea con la voluntad, pero no es apto para incluir a la *ratio (esprit)*, en circunstancias de que esta manera de interpretación está gobernada no solo por la *intention* mas también con el *esprit (équité)*, como expresamente lo dice el propio Domat, según veremos de inmediato.

En realidad, el modelo de esta manera de interpretación no difiere de aquel que preside la interpretación de las palabras. Se sigue tratando (y aun se diría que con mayor énfasis) de buscar el (verdadero) sentido de la ley, vale decir, el funcional a su razón o a la intención del legislador, según el tipo de ley. Solo que ahora no hay problema en las palabras, cuyo sentido es claro. Al aplicar las cuales al caso, empero, surgen las dificultades.

Para tratar esta clase de interpretación, Domat distingue los dos tipos de leyes.

Con respecto a las leyes naturales, dice: “Si llega a acaecer que al aplicar una regla natural a cierto caso que ella parece comprender, se sigue una decisión contraria a la equidad, es necesario concluir que la regla está mal aplicada, y que es por alguna otra que tal caso debe ser juzgado”<sup>83</sup>. Así, por ejemplo, la regla que establece la facultad del que prestó algo a otro para su uso, de retirarle la cosa cuando le plazca, vulneraría la equidad si se la aplicara cuando el comodatario está todavía haciendo uso de la cosa.

Por lo que toca a las leyes arbitrarias, expresa Domat: “Si al aplicar una regla arbitraria a una caso que ella parece comprender, llega a acaecer una consecuencia que vulnera la intención del legislador, la regla no debe extenderse a ese caso”<sup>84</sup>. De esta manera, por ejemplo, la regla de la ordenanza real de Moulins que anula las substituciones fideicomisarias por defecto de publicación, sin señalar respecto de qué personas ellas son nulas, no las hace tales con relación al heredero cargado con el fideicomiso, porque siendo él el obligado a la publicación, aplicarle la regla sería dejar entregado tornar en nula la asignación a la negligencia o a la mala fe de su arbitrio.

<sup>81</sup> Supra VII, 1.

<sup>82</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1º, sec. 2ª, princ. (p. 84).

<sup>83</sup> *Ibíd.*, párr. 2 (p. 86): “*S’il arrive qu’une règle naturelle étant appliquée à quelque cas qu’elle paraît comprende, il s’ensuive une décision contraire à l’équité, il en faut conclure que la règle est mal appliquée, et que c’est par quelque autre que ce cas doit être jugé*”. Sigue el ejemplo.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, párr. 3 (p. 87): “*Si une loi arbitraire étant appliquée à un cas qu’elle paraît comprendre, il en arrive une conséquence qui blesse l’intention du législauteur, la règle ne doit pas s’étendre à ce cas*”. Sigue el ejemplo.



Según Domat, en ambos casos se trata de un *sens apparent*: la ley que se va a aplicar parece comprender al caso, pero atendida su consecuencia injusta, el intérprete queda alertado que ella, en realidad, no lo comprende, y que debe buscar otra ley aplicable. Aunque Domat no lo diga, esta hipótesis corresponde a una de interpretación restrictiva, pues tiende a excluir la aplicación de una determinada ley, por restricción de su sentido, no aplicando, en consecuencia, el tenor literal. Es lo que Domat quiso decir, no muy bien, en este texto del *Traité des lois*, ya antes citado: “También se sigue de esta observación sobre el espíritu de la ley y su motivo, que si acaece que algunos términos o ciertas expresiones de una ley parecen tener un sentido diferente de aquel que sin más está evidentemente marcado por el tenor literal de la ley entera, es necesario detenerse en este verdadero sentido y repudiar el otro que aparece en los términos, y que se muestra contrario a la intención”<sup>85</sup>, y al espíritu (equidad) hay que agregar<sup>86</sup>. Y también en este otro de *Les lois civiles*, asimismo examinado: “no siempre es necesario tomar la ley en el sentido de la letra (*sens de la lettre*)”<sup>87</sup>.

El pasaje del *Traité des lois* nos enseña –como no podía dejar de ser, por lo demás– que esta interpretación restrictiva también se basa en el espíritu (o en la intención) con que se determina el verdadero sentido (más restringido, que es el “sentido diferente” del que habla en el texto)<sup>88</sup>, igual, por ende, que en todas las demás formas de interpretación.

Domat advierte, en fin, que no debe confundirse esta manera de aplicar las leyes dirigida a evitar las injusticias contrarias a la equidad o a la intención del legislador, con el rigor del derecho (*rigueur de droit*). Al tema nos referiremos por separado.

<sup>85</sup> DOMAT, J., *Traité des lois*, cap. 12, párr. 8 (p. 61): “*Il s'ensuit aussi de cette remarque de l'esprit de la loi et de son motif, que s'il arrive que quelques termes ou quelques expressions d'une loi paraissent avoir un sens différent de celui qui est d'ailleurs évidemment marqué para la teneur de la loi entière, il faut s'arrêter à ce vrai sens et rejeter l'autre qui paraît dans les termes, et qui se trouve contraire à l'intention*”.

<sup>86</sup> Las ideas están mal expresadas: no se trata de que algunos términos o expresiones de la ley parezcan tener un sentido diferente de aquel marcado por el tenor literal (?), sino de que los términos de la ley o el tenor literal tengan un sentido claro, mas por el espíritu o por la intención se deduzca que el sentido de la ley es otro. Así, pues, aquí no se trata de conflicto entre términos, sino de conflicto entre sentido de las palabras y sentido de la ley. La confusión se debe a que Domat mezcó aquí este problema con el criterio de que al interpretar las leyes hay que mirarla en su conjunto y no por partes (“algunos términos o “ciertas expresiones frente a “tenor literal de la ley entera”). En este último caso sí podría haber aparentes conflictos entre dos tenores literales.

<sup>87</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1, sec. 2ª, princ. (p. 84): “*il ne faut pas toujours prendre la loi au sens de la lettre*”.

<sup>88</sup> El párr. 8 comienza diciendo: “También se sigue de esta observación sobre el espíritu de la ley y su motivo”. Pero la observación a que se remite, que está en el párrafo 7 (p. 61), reza: “Se ha visto que es por el espíritu y la intención de las leyes que es necesario entenderlas” (“*On a vu que c'est par l'esprit et l'intention des lois qu'il faut les entendre*”). Solo más adelante, ahí mismo, menciona al *motif*. Por lo tanto, la “observación” referida en el párr. 8, que se ha visto en el 9, no es “sobre el espíritu de la ley y su motivo” sino “sobre el espíritu y la intención de la ley”. Otra muestra de los frecuentes descuidos de Domat.

## VIII. EL RIGOR DEL DERECHO

Enseguida Domat se enfrenta, en efecto, con el tema de *la rigueur du droit*, el *rigor iuris* o *ius strictum* de los glosadores.

Al afecto individualiza, primeramente, aquel rigor que es esencial a la ley, y que no podría resultar moderado o ignorado sin tornarla en ineficaz. En tal caso, debe fallarse según la ley sin que ello se pueda tomar como una injusticia contraria a la equidad o a la intención del legislador<sup>89</sup>. Tal ocurre en el caso del testador que, después de haber celebrado todas las formalidades prescritas, salvo la firma, toma la pluma para suscribir el documento y muere en ese instante, ya que considerar que, pese al defecto de firma, hubo un testamento válido y así superar el rigor de las formalidades, es simplemente aniquilar (*anéantir*) la ley.

Frente a un tal rigor, hay otro que no es una consecuencia esencial de la ley ni inseparable de ella, ya que esta puede producir su efecto aún después de una interpretación que lo modere y atempere en virtud del espíritu, o sea, de la equidad, y de la intención, entonces es preferible la equidad<sup>90</sup>. Tal es el caso del testamento que asigna un tercio de la sucesión a la cónyuge encinta y dos tercios al nonato, si es hombre; y que, en cambio, ordena dividir en dos mitades la herencia, si es mujer: una para esta, la hija, y otra para la cónyuge. Pero resulta que a esta última le nacen un hijo y una hija. El rigor del derecho obliga a excluir de la sucesión a la cónyuge, ya que no fue llamada a suceder en el caso que efectivamente ocurrió. Pero como de todos modos fue voluntad del testador que ella tuviera alguna parte en los bienes sucesorios, fuera que diese a luz un hijo o una hija, y habiéndole asignado la mitad de lo que habría recibido el hijo de haber nacido solo él (es decir, un tercio, que en efecto es la mitad de dos tercios), y una parte igual a la de la hija, de haber sido solo ella la nacida (la mitad de la herencia), la equidad manda que esa voluntad sea ejecutada, de modo que el hijo tenga la mitad de la herencia, la hija un cuarto y la cónyuge o madre otro cuarto. De ese modo la madre recibe lo mismo que la hija y la mitad que su hijo, que fue lo querido por el testador<sup>91</sup>.

Esta doctrina es la versión domaciana de la antigua teoría de los glosadores acerca de las relaciones entre la *aequitas* y el *ius*, decantada en el brocardo “la equidad escrita se prefiere al rigor del derecho estricto” (*“aequitas scripta praefertur*

<sup>89</sup> *Ibid.*, párr. 4 (p. 87): “Il ne faut pas prendre pour des injustices contraires à l'équité ou à l'intention du législateur, les décisions qui paraissent avoir quelque dureté, qu'on appelle rigueur de droit, lorsqu'il est évident que cette rigueur est essentielle à la loi d'où elle suit et qu'on ne pourrait apporter de tempéraments à cette loi sans l'aneantir”. Sigue el ejemplo.

<sup>90</sup> *Ibid.*, párr. 5 (p. 87): “Si la dureté ou la rigueur du droit n'est pas une suite essentielle de la loi, et qui en soit inseparable, mais que la loi puisse avoir son effet para une interprétation qui modère cette rigueur, et par quelque tempérament que demande l'équité, qui est l'esprit de la loi, il faut alors préférer l'équité à cette rigueur qui paraît demander la lettre, et suivre plutôt l'esprit et l'intention de la loi que la manière étroite et dure de l'interpréter”. Sigue el ejemplo.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párr. 5 (p. 87 s.). El caso proviene de Dig. 28, 2, 13.

*rigori iuris stricti*”), que superó las aparentemente contradictorias leyes *Inter aequitatem*<sup>92</sup> y *Placuit*<sup>93</sup> del Código de Justiniano. En síntesis, los medievales habían concluido que entre la equidad extra legal, bruta, jurídicamente no elaborada (*aequitas inconstituta, rudis, cerebrina, bursatilis o martiniana*<sup>94</sup>) y el derecho escrito (*aequitas constituta*), debía estarse a este último; pero que entre la *aequitas scripta* (parte del derecho escrito) y el *rigor iuris scriptum* (también parte de él), debía estar a este último, que es a lo que se refiere el brocardo citado. Por *aequitas scripta* entendían los medios que la ley (el *Corpus iuris*) franquea expresamente en función equitativa, como acciones *in factum*, analogías, extensiones, etcétera; en suma, una equidad autorizada por la ley misma. En cambio, para ser convertida en *ius* la *aequitas inconstituta*, necesita de una decisión del legislador, vale decir, de una nueva ley<sup>95</sup>. A esto provee el referimiento al legislador, al cual atenderemos más abajo<sup>96</sup>.

Escribe Domat: “De las reglas precedentes se sigue que no es posible fijar como regla general ni que el rigor del derecho deba siempre ser seguido en contra de la moderación proveniente de la equidad, ni que esta deba hacerlo ceder siempre. Pero este rigor deviene injusticia en el caso en que la ley permite que se la interprete por la equidad; y aquella es, por el contrario, una regla justa cuando esta interpretación vulneraría la ley. Así, esta palabra: ‘rigor del derecho’ se toma, o bien como una dureza injusta y odiosa, y que no está en el espíritu de la ley, o como una regla inflexible, pero que tiene su justicia. Y jamás debe confundirse el empleo de estas dos ideas; sino que se debe discernir y aplicar o la justa severidad, o la moderación de la equidad, siguiendo las reglas precedentes y las que siguen”<sup>97</sup>. La frase “en el caso en que la ley permite que se la interprete por la equidad” alude a la *aequitas scripta*. Por su parte, la oración: “este rigor [...] es, por el contrario, una regla justa

<sup>92</sup> Cod. Iust. 1, 14, 1: “*Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inscipere*” (“Solo para nosotros [sc. al emperador] es deber y es lícito examinar una interpretación interpuesta entre la equidad y el derecho”).

<sup>93</sup> Cod. Iust. 3, 1, 8: “*Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatis quam stricti iuris rationem*” (“Place que en todas las cosas es más importante la razón de la justicia y la equidad que la del derecho estricto”).

<sup>94</sup> Por el jurista Martinus Gosia, uno de los cuatro doctores sucesores de Irnerio, que la había defendido.

<sup>95</sup> Véase una exposición de este tema en GUZMÁN, Alejandro, *La historia dogmática* cit. (n. 3), pp. 51-54.

<sup>96</sup> Infra IX, c).

<sup>97</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles*, lib. prel., tít. 1, sec. 2ª., párr. 6 (p. 88): “*Il s'ensuit des règles précédentes, qu'on ne peut fixer pour règle générale, ni que la rigueur du droit doive éter toujours suivie contre les tempéramens de l'équité, ni qu'elle doive y céder toujours. Mais cette rigueur devient injustice dans les cas où la loi souffre qu'on l'interprète para l'équité; et elle est au contraire une juste règle dans le cas où cette interprétation blesserait la loi. Ainsi, cette mot de rigueur du droit se prend, ou pour une dureté injuste et odieuse, et qui n'est pas de l'esprit des lois, ou pour une règle inflexible, mais qui a sa justice. Et il ne faut jamais confondre l'usage de ces deux idées; mais on doit discernner et appliquer, ou la juste sévérité, ou le tempérament de l'équité, suivant les règles précédentes et celles qui suivent*”. Véanse los párrs. 7 y 8

cuando esta interpretación [sc. de equidad] vulneraría la ley” atañe al *rigor iuris scriptum* frente a la *aequitas inconstituta*.

## IX. TEMAS VARIOS

También en concordancia con las antiguas doctrinas, Domat se ocupa en estos cuatro temas:

a) La *interpretatio usualis*, esto es, el entendimiento asignado a una ley por la costumbre que la aplica. Los medievales la habían desarrollado a partir de un texto de Dig. 1, 3, 37, que reza así: “*optima enim est legum interpres consuetudo*” (“pues la costumbre es una óptima intérprete de las leyes”). Por su lado, Domat la reconoce en estos términos: “Si las dificultades que pueden venir en la interpretación de una ley o costumbre, se encuentran explicadas por un antiguo uso que le haya fijado el sentido, el cual se encuentre confirmado por una serie perpetua de sentencias uniformes, es necesario estar al sentido declarado por el uso, que es el mejor intérprete de las leyes”<sup>98</sup>. Por lo demás, esta última frase reproduce al texto del Digesto antes citado.

b) La ampliación y restricción del sentido de las leyes en virtud de su carácter favorable u odioso. Domat acepta plenamente la doctrina de los medievales sobre la manera de interpretar las leyes odiosas y favorables, fundada en esta *regula iuris* canónica que aparece en el Liber Sextus: “conviene restringir los odios y ampliar los favores” (*odia restringi et favores convenit ampliari*)<sup>99</sup>. Por cierto, el problema siempre había consistido en la determinación de cuáles son leyes odiosas y cuáles favorables. Domat se pronuncia al respecto: “Las leyes que favorecen aquello que la utilidad pública, la humanidad, la religión, la libertad de las convenciones y de los testamentos, y que otros motivos semejantes hacen favorable, y aquellas cuyas disposiciones están en favor de alguna persona, deben interpretarse con [sc. toda] la extensión que pueda darles el favor de estos motivos, unidos a la equidad, y no deben ser interpretadas duramente, ni aplicarse de una manera que las torne en perjuicio de las personas a quienes sus disposiciones quieren favorecer”<sup>100</sup>. Por el contrario:

<sup>98</sup> *Ibid.*, párr. 19 (p. 91): “*Si les difficultés qui peuvent arriver dans l’interprétation d’une loi ou d’une coutume, se trouvent expliquées par un ancien usage qui en ait fixé le sens, et qui se trouve confirmé par une suite perpétuelle de jugemens uniformes, il faut s’en tenir au sens déclaré par l’usage, qui est le meilleur interprète des lois*”. Repite la idea en el *Traité des lois*, cap. 12, párr. 4 (p. 60).

<sup>99</sup> *Lib. VI*, 5, 12, 15.

<sup>100</sup> *Ibid.*, párr. 14 (p. 90): “*Les lois qui favorisent ce que l’utilité publique, l’humanité, la religion, la liberté des conventions et des testaments, et d’autres semblables motifs rendent favorable, et celle dont les dispositions sont en faveur de quelques personnes, doivent s’interpréter avec l’étendue que peut y donner la faveur de ces motifs, jointe à l’équité, et ne doivent pas s’interpréter durement, ni s’appliquer d’une manière que tourne au préjudice des personnes que leur dispositions veulent favoriser*”.

“Las leyes que restringen la libertad natural, como aquellas que prohíben lo que de sí no es ilícito, o que derogan de otro modo al derecho común, las leyes que establecen las penas de los crímenes y de los delitos, o las penas en materia civil, aquellas que prescriben ciertas formalidades, las reglas cuyas disposiciones parecen tener alguna dureza, las que permiten la exheredación y otras semejantes, se interpretan de suerte que no se las aplique más allá de sus disposiciones a consecuencias de casos a los cuales ellas no se extienden; y, por el contrario, se les da los temperamentos de equidad y humanidad que ellas pueden soportar”<sup>101</sup>.

c) Domat también recoge la antigua institución romano-postclásica del referimiento al legislador<sup>102</sup>, esto es, la facultad o la obligación del juez de elevar el caso sometido a su conocimiento, cuando no hay ley aplicable o la que hay es oscura, ambigua o defectuosa, al legislador para que este emita una ley nueva destinada a regular el caso, o una interpretación dirigida a superar la oscuridad, ambigüedad o el defecto, de modo que el juez pueda fallarlo según esa ley o esa interpretación. El referimiento, pues, puede ser facultativo u obligatorio para el juez. Además, puede ser interpretativo o integrativo, e incluso estar destinado a la modificación de la ley en atención a sus malos efectos.

Domat acepta el referimiento bajo su forma obligatoria e interpretativa, y agrega la posibilidad de su fin modificador de la ley vigente: “Si ocurre que el verdadero sentido de la ley no puede ser entendido por las interpretaciones que pueden hacerse según las reglas que se viene de explicar, o si, siendo claro este sentido, nacen de él inconvenientes contra la utilidad pública, entonces es necesario recurrir al príncipe para averiguar de él su intención [sea] sobre aquello que puede estar sujeto a interpretación, declaración o moderación, sea para hacer entender la ley, o para aportarle una atemperación”<sup>103</sup>. Como podrá apreciarse, se trata aquí, en efecto, del referimiento interpretativo, pero

<sup>101</sup> *Ibíd.*, párr. 15 (p. 90): “Les lois qui restreignent la liberté naturelle, comme celles qui défendent ce qui de soi n'est pas illicite, ou qui dérogent autrement au droit commun, les lois qui établissent les peines des crimes et des délits, ou des peines en matière civile, celles qui prescrivent de certaines formalités, les règles dont les dispositions paraissent avoir quelque dureté, celles que permettent l'exhérédation, et les autres semblables, s'interprètent de sorte qu'on ne les applique pas au-delà de leurs dispositions à des conséquences pour des cas où elles ne s'étendent point; et qu'au contraire on y donne les tempéramens d'équité et d'humanité qu'elles peuvent souffrir”. Véase el *Traité des lois*, cap. 12, párrs. 10-13.

<sup>102</sup> Véase: GUZMÁN, Alejandro, *Historia del referimiento legislativo*, I: *Derecho Romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 6 (Valparaíso, 1982), pp. 13-76 = *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, 1984), V, pp. 3467-3522.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, párr. 12 (p. 89 y s.): “Que si le vrai sens de la loi ne peut être assez étendu par les interprétations qui peuvent s'en faire selon les règles qu'on vient d'expliquer, ou ce sens étant clair, il en naissent des inconvénients contre l'utilité publique, il faut alors recourir au prince, pour apprendre de lui son intention sur ce qui peut être sujet à interprétation, déclaration ou modération, soit pour faire entendre la loi, ou pour y apporter du tempérament”.

también de aquel reformador de la ley inicua, que permite hacer nuevo derecho, vale decir, convertir la *aequitas inconstituta* en *constituta (ius)*. Que Domat omita el referimiento integrador, destinado a colmar las lagunas de la ley, se explica por la distinta solución que tiene el caso, según Domat, y que pasamos a ver.

d) El recurso a los principios de la equidad natural en defecto de ley. Cuando la ley falta, vale decir, el caso de que se trata no aparece regulado por ella (el *casus omissus, non expressus* o *non decisis* de los medievales), en el entendido que ni siquiera es procedente la analogía fundada en la aplicabilidad de la *ratio* (= *esprit*) a ese caso, entonces, dice Domat, hay que recurrir a la equidad (vale decir, no al legislador en referimiento): “Si llegare a ocurrir algún caso que no fue regulado por ninguna ley expresa o escrita, él tendría por ley los principios naturales de la equidad, que es la ley universal que se extiende a todos”<sup>104</sup>. Esta solución se justifica (ya para los medievales) en atención a que la equidad es la última *ratio* de todas las leyes. De esta suerte, el recurso subsidiario a la equidad es en el fondo, una aplicación de la analogía, no sobre la base de la *ratio* inmediata de la ley de que se trata, que no es aplicable (si lo fuera, se trataría de la analogía ordinaria), sino de esa última *ratio*, que siempre es aplicable a todo caso.

<sup>104</sup> Ibíd., lib. prel., tít. 1º, sec. 1ª, párr. 23 (p. 83): “*S’il pouvait arriver quelque cas qui ne fût réglé par aucune loi expresse ou écrite, il aurait pour loi les principes naturels de l’équité, qui est la loi universelle qui s’étend à tout*”.